

中国民商法专题研究丛书

梁慧星 主编

澳大利亚 国际私法研究

董丽萍 著

AODALIYA
GUOJI SIFA YANJIU

梁慧星主编

中国民商法专题研究丛书

澳大利亚国际私法研究

董丽萍 著

法律出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

澳大利亚国际私法研究/董丽萍著. — 北京:
法律出版社, 1999

(中国民商法专题研究丛书/梁慧星主编)

ISBN 7-5036-2711-5

I. 澳… II. 董… III. 国际私法-研究-
澳大利亚 IV. D 997

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 02435 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/北京振兴华印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/11.75 字数/295 千

版本/1999 年 5 月第 1 版 1999 年 5 月第 1 次印刷

印数/0,001-4,000

社址/北京市广外六里桥北里甲 1 号八一厂干休所 (100073)

电话/63266794 63266796

出版声明/版权所有, 侵权必究。

书号: ISBN 7-5036-2711-5/D·2417

定价: 19.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

**To My Respectable Supervisor Professor
Han Depei With His Great Contribution to
My Dissertation.**

内 容 摘 要

随着当前我国改革开放的进一步深入与发展,我国需要解决的国际以及区际法律冲突问题日益增多。澳大利亚国际私法在解决国际法律冲突和区际法律冲突问题方面具有丰富的实际经验,值得借鉴和研究。本书本着这一宗旨,通过引用和分析大量的判例,对澳大利亚国际私法进行了广泛的探讨和研究,并对其现存问题或尚需进一步改革的问题提出一管之见。

本书共由五部分组成——绪论、管辖权、一般法律选择、特定领域的法律选择、判决和裁决的承认与执行,分十章加以论述。第一章对澳大利亚国际私法的渊源,法律冲突的特点及其基本理论,基本问题和最新发展,从总体上予以概述。第二章侧重阐述了澳大利亚国际私法中有关住所、居所和国籍的问题。第三章和第四章分别对管辖权的根据和原则以及管辖权的限制问题进行了分析和论述。第五章和第六章主要探讨澳大利亚法律选择的普遍性问题和法律选择的处理方式以及限制适用外州(国)法律的问题。第七章分别对契约、流通票据、国际货币债务、侵权、财产、信托、死者遗产管理、继承、公司、破产等特定领域方面的法律选择问题予以论述。第八章是关于家庭方面,诸如婚姻成立,婚姻救济,扶养,儿童的监护和福利,儿童的地位,收养等方面的法律选择问题。第九章分析论述了澳大利亚国际私法在承认与执行外州(国)判决和裁决方面的问题。第十章分析和论述了对仲裁的法律选择及仲裁裁决的执行问题。最后结语部分提出澳大利亚国际私法中现存主要问题或尚需进一步改革的问题。

Abstract

With the further development of implementing the reforming-and-opening policy, there are today an increasingly widespread issues of regional as well as international conflicts of laws to be dealt with, Australian Private International Law confronts such issues with rich and practical experiences which are worthy of reference and research. For this purpose, the book makes a comprehensive survey and study on Australian Private International Law, through quoting and analyzing a great number of cases, and offers suggestions so that some existing problems should be tackled or further reforms be effected.

The book, mainly composed of five parts (introduction, jurisdiction, choice of laws, choice of laws in specific areas, recognition and enforcement of foreign judgements and awards), is further divided into ten chapters. The first chapter addresses a brief introduction to the sources, features, basic issues and theories of Australian Private International Law and its recent developments. The second chapter highlights the issues of domicile, residence and nationality. The third and fourth chapters probe into the grounds and principles of exercising and not exercising the jurisdictions. The common issues and techniques of choice of laws and issues of exclusion of foreign laws are discussed and examined in the fifth and sixth chapters. Chapter Seven mainly deals with the choice of laws in specific areas

such as the areas of contract、negotiable instruments、international money、tort、property、trust、succession、corporation and bankruptcy. The eighth chapter extensively reviews the issues of family laws, such as the creation of valid marriage and marriage relief as well as the adoption、status、guardiance and welfare of children. The recognition and enforcement of foreign judgements and awards are elaborately expounded in the ninth and tenth chapters. The tenth chapter analyses and expounds the choice of laws of the arbitration and the execution of the awards. The conclusion propounds the existing problems to be settled and some further reforms.

目 录

绪 论	(1)
第一章 导论	(1)
第一节 澳大利亚国际私法概论	(1)
第二节 澳大利亚国际私法渊源	(12)
第三节 澳大利亚国际私法的发展	(17)
第二章 住所	(23)
第一节 住所	(23)
第二节 居所	(42)
第三节 国籍	(43)

第一编 管 辖 权

第三章 管辖权	(46)
第一节 管辖权概述	(46)
第二节 管辖权的种类	(47)
第三节 对人诉讼的一般管辖权原则	(50)
第四节 根据其他成文立法向澳联邦管辖范围内送达	(61)
第五节 向澳联邦管辖范围外被告送达	(67)
第六节 专属管辖权	(81)
第七节 《送达与执行程序法》与州或地区《最高法院 规则》的联系与区别	(83)
第四章 管辖权的限制	(85)

第一节 国家豁免权	(85)
第二节 外国土地和专利	(94)
第三节 诉讼的中止	(98)

第二编 法律选择

第五章 法律选择的一般考虑和普遍性问题	(100)
第一节 一般考虑	(100)
第二节 普遍性问题	(101)
第三节 法律选择或处理方式	(108)
第四节 联邦管辖的法律适用问题	(116)
第六章 适用外州(国)法的限制	(123)
第一节 拒绝适用涉及到外国政府利益的法律	(123)
第二节 其他政府利益	(127)
第三节 公共政策	(128)
第四节 宪法和联邦法的影响	(131)
第五节 外国法的证明	(138)
第六节 “实质”与“程序”问题	(145)

第三编 特定领域的法律选择

第七章 特定领域的法律选择	(159)
第一节 契约	(159)
第二节 流通票据	(177)
第三节 国际货币债务	(182)
第四节 侵权	(189)
第五节 财产	(206)
第六节 信托	(211)

第七节 死者遗产管理	(216)
第八节 继承	(225)
第九节 公司	(240)
第十节 破产	(247)
第八章 家庭法	(254)
第一节 婚姻成立	(254)
第二节 婚姻救济	(263)
第三节 扶养和婚姻财产权	(270)
第四节 儿童的监护与福利	(277)
第五节 儿童的地位	(285)
第六节 收养	(289)
第七节 智力上无能力	(292)
 第四编 判决和裁决的承认与执行	
第九章 判决的承认与执行	(295)
第一节 外国判决在澳大利亚承认与执行概述	(295)
第二节 澳大利亚判决的承认与执行	(297)
第三节 外国判决在澳大利亚的承认与执行	(304)
第十章 仲裁	(329)
第一节 概述	(329)
第二节 仲裁中的法律选择	(332)
第三节 仲裁裁决的执行	(335)
结语 法律改革与问题	(340)
参考文献	(346)

绪 论

第一章 导 论

第一节 澳大利亚国际私法概论

一、澳大利亚作为联邦制国家的法律冲突问题

澳大利亚是一个相对年青的联邦制国家。1988年，它举行了规模盛大的建国200周年庆典，以纪念英国航海家詹姆斯·库克率领船队远渡重洋在澳洲登陆，揭开英国占有澳洲开发澳洲的帷幕。从1788年算起，澳洲在英国的殖民统治下经过了113年，于1900年英国议会修正并通过了澳大利亚联邦宪法。1901年1月1日，联邦政府根据此宪法而正式组成。从此，澳大利亚便摆脱了英国的殖民统治，成为南太平洋地区一个独立自主的新联邦国家。原来的6个殖民地成为联邦的6个州。新的联邦政府拥有国家最高权力，各州有自己的宪法和议会，联邦和州的宪法相辅相成，据此进行自治管理。由于历史的原因，澳大利亚虽然一直沿袭英国的法律制度，但在长期的法律实践过程中，它又逐渐形成了自己的一些特点。

在联邦制国家中，各联邦州都具有较大的立法权和司法权，它们不仅能制定自己的法律，而且能制定自己的法律冲突法。这和当今美国的基本情况相似，虽然也有人极力倡导过在这方面实行联邦集权制。过去的苏维埃联邦制冲突规则体系完全由

联邦统一支配调整。澳大利亚的情况处于两者之间。该联邦各州基本上都制定有自己的冲突法规则，但是，澳大利亚高等法院在实践中限制各成员州过分发展不同的冲突规则，这是澳大利亚法律统一司法运动所要求的。同样，在加拿大，法律选择的普通法规则通过上诉到加拿大最高法院的方式予以统一。此外，由于加拿大国内的统一法律草案以及现存国内法律统一运动的要求，加拿大各州的有关成文法也表现了某些统一的特点。

澳大利亚所有的州和地区享有一个共同的法律传统和上诉终审法院（高等法院）。这是澳大利亚普通法保持较为统一之特点的主要根源。该联邦法以及联邦政府，州政府和地区政府在某些领域所进行的各种协作调整也为澳大利亚法律的统一做出了一定的贡献，在这些统一的法律领域内不存在法律选择问题。澳大利亚各州根据宪法的规定拥有广泛的立法权，各州对在本州以外发生的事项也拥有立法权，这就导致了对同一事项适用两个以上州的成文法的可能性。尽管在全澳联邦内一州的法律可得到普遍的承认，但仍会产生各州对同一事实适用不同的法律规则，做出不同的判决结果，除非对此制定有关联邦立法来废除这些州立法，并制定一套统一的法律选择规则。目前，澳大利亚法律改革委员会正致力于这种工作。

澳大利亚同英国一样，是一个复合法域国家。各法域的法律冲突问题由各法域的法院自行解决，没有统一的联邦式冲突法规则。对国际冲突和国内冲突适用相同的冲突法规则。

澳大利亚同加拿大一样，由于都制定有联邦法从而缩小了法律冲突的范围。另外，澳大利亚宪法第 118 条款与美国的“充分信任”条款类似，对国内冲突有所限制。在加拿大不存在这种类似的宪法条款，但在法院的实践中，以及在一些省（州）的成文法中，可看出有对国际法律冲突和国内法律冲突区别对待的倾向。在美国，无论是州际冲突还是国际冲突或是地区冲

突，其适用的冲突规则也基本相同。根据普通法国家的传统，美国学者和法院对这两种法律冲突类型几乎不加区别，至少直到现在还没有。

然而，必须注意的是，美国宪法已被解释为对各州解决法律冲突的自由裁量权范围加以限制的权威大法，如“充分信任”条款要求联邦各州必须承认其他各州的法律和公共法令。另外，“正当程序条款”也要求对一个被剥夺生命、自由和财产的公民履行正当程序。该条款要求美国最高法院在其维护宪法的能力范围内对各州法院解决法律冲突的方法进行一般的控制或限制，尤其要对解决州际冲突加以限制。这样就为联邦解决冲突问题，以及解决州际冲突与国际冲突适用不同方法的立法打通了一条发展的道路。

不过，美国最高法院很少依赖这些条款，只是在极特别的情况下，如当一州很显然藐视对另一州法律的适用，而企图不惜任何代价适用法院地法，而后者与有关案件又没有什么联系时，才考虑援引这些限制条款。除此之外，联邦各州的法院仍有权自由制定自己的冲突法规则，所以尽管早已有很多预测，认为有关解决法律冲突以及国内冲突与国际冲突采用不同方法的联邦法正在形成之中，但在实践中还没有看到这方面有任何发展的迹象，如有的话，也是在极小的范围内。

澳大利亚至今尚不存在有关解决法律冲突问题的联邦法。1992年澳大利亚法律改革委员会虽已制定了统一的联邦法律适用成文法草案，但尚无迹象表明该草案是否可在近年被采用实施。

二、澳大利亚国际私法概述

国际私法或冲突法主要是调整具有涉外或外国因素的法律关系的法律。其内容涉及整个民商法领域——如合同、侵权、婚姻等领域。“国际私法”中的“国际”两字主要指案件中存在

“涉外因素”或“国际因素”，而并非指有关的规则在各国或各州都一样而被普遍强制接受，尽管这可能是最初的愿望和本意。澳大利亚一些学者倾向使用“冲突法”。他们认为“国际私法”的称谓容易产生歧义，因为“国际私法”的称谓只表述了主权国家间的法律冲突，而没有包括事实上已存在于联邦国各州间法律冲突的内容。不过，他们认为“冲突法”的称谓也远非令人满意，因为该称谓也容易使人误认为它只是关于法律选择问题的法律，从而排除了关于管辖权、外国判决与仲裁的承认和执行方面的内容。所以，在澳大利亚现在的立法和实践中，使用“国际私法”的称谓比“冲突法”更为普遍和广泛。

澳大利亚国际私法中不存在相对于国际冲突法的区际冲突法则。正如温德哥尔法官在 *Pedersen v. Young* (1964)^① 一案中所说：“在国际私法上，各个不同的州就是各个不同的国家，而且，各州相互之间的关系也被视为如此。”这也是自 1988 年以来澳大利亚法院的基本态度。一般来说，澳大利亚将其国内冲突法同样适用于国际冲突法案件中。传统的澳大利亚法院一般都是根据国际私法普通法原则来解决联邦内的法律选择问题。在 *Anderson v. Eric Anderson (Radio and TV) Pty Ltd* (1965)^② 一案中，澳大利亚高等法院就已直接将由英国法院适用和发展而来的有关处理外国侵权诉讼案件的法规同样适用于在澳大利亚首都直辖区发生的侵权案件中。

这一传统的方法在 *Breavington v. Godleman* (1987)^③ 一案中受到了冲击。该案原告就一起发生在澳大利亚北部地区的车祸在维多利亚法院提起请求损害赔偿诉讼，普通法仍生效的维

① *Pedersen v. Young* (1964) 110 C L R 162.

② *Anderson v. Eric Anderson (Radio and TV) Pty Ltd* (1965) 114 C L R 20.

③ *Breavington v. Godleman* (1987) v. R 645.

多利亞法律规定应给予受害者以身体和精神方面的损害赔偿，而北部地区的法律却早已废除了这种赔偿法规。原告力图依靠当时主张适用法院地法的高等法院来解决对他的赔偿问题。被告方却竭力申辩：第一，按照法律选择规范，原告不能在维多利亚获得比北部地区更多的赔偿；第二，维多利亚法院有义务维护宪法的规定，应给予北部地区有关限制赔偿的规定以充分善意和信赖。最后高等法院的法官们基于各不相同的理由都主张适用北部地区的法律。

威尔逊、高德伦和迪恩几位法官主张依照宪法，尤其是诚信原则所指引的法律来代替普通法中的法律选择规范。布伦南、道森和托海几位法官则主张适用普通法中关于外国侵权问题的法律选择规范。但他们却赞同有关侵权行为地法所否定了的按法院地法给予原告所有损害赔偿的解释，布伦南和道森也没有明确说明这一解释是否只限制在澳大利亚联邦以内。无论如何，托海法官的确强调应适用侵权行为地法，这在维多利亚与北部地区同是联邦成员国这种关系中应始终适用。首席法官马森既不赞成由宪法指引的方法，也不主张法院地法，他反对前者是基于他认为它呆板、僵化而不灵活，而反对后者是基于他认为它会带来不必要的复杂性，即带不来多少好处。他主张一种新的方法——适用侵权行为地法来确定在澳大利亚发生的侵权案中当事人实体权利和义务。首席法官马森还提出另一种“灵活的处理”方法，即，在当事人与侵权行为发生地没有任何实质联系的情况下适用法院地法。这种例外在澳大利亚不具有可能性。因为“澳大利亚毕竟是一个国家。当一个澳大利亚人从一个州或地区走到另一个州或地区时，他并没有进入外国的管辖区域。他很明白他是进入了同一个国家的不同法域的州或地区，他的权利、义务和责任因而也就随着进入不同法域的州或地区而不同。他发现自己在各州或地区所发生的一切权利和义务是

由地方法规范时并不感到奇怪，而如果情况正相反的话，他却会感到惊奇和不可思议。”^①

最后的结果是，澳大利亚高等法院的大多数法官赞成将澳大利亚国内冲突和国际冲突予以区别对待，尚未确定的是：这是由宪法或联邦立法机关授权规定的呢，还是作为一项司法政策，根据在澳大利亚联邦居住的人们的合理期待而规定的。

三、澳大利亚冲突法基本理论

澳大利亚高等法院在 *Spycatcher* 一案的判决中已摒弃了有关维护政府间共同利益的国际礼让学说的运用。而“既得权”理论也已失去了早先在澳大利亚的地位，而由“地方法”理论取而代之。这种理论的内容就是由法院地模拟某一外国的法律来处理问题。实际上就是根据本地法或地方法来处理问题。这并不意味着它已包含了美国的“利益分析”方法，尽管这一方法曾一度赢得不少澳大利亚的追随者。

在 *Kemp v. Piper* (1971)^② 一案中，原告基于其丈夫由于被告的疏忽在维多利亚车祸中死亡，在南澳大利亚提起损害赔偿诉讼。事故发生时，死者和被告都住在南澳大利亚，虽然原告一年后迁居西澳大利亚。按照南澳大利亚法的规定，原告可以获得如下赔偿：（1）由于致死而产生的经济损失；（2）葬礼费用；（3）丈夫的死亡对其妻子造成的损失——给予不超过 1400 澳元的抚恤金。但按照维多利亚法的规定，原告只能取得经济损失的救济。最后南澳大利亚适用了本州法，首席法官对其结论解释道：“因为当事故发生时，原告、死者和被告都居住在南澳大利亚，另外，认为适用维多利亚法，否定依南澳大利亚州法赔偿原告对维多利亚州具有一定的利益是毫无道理的。”虽然

^① P.E.Nygh: *Conflict of Laws in Australia*, Butterworths, 1991.p.25.

^② *Kemp v. Piper* (1971) S A S R 25.

在 Breavington v. Godleman (1988)^① 一案中, 澳大利亚高等法院也没有直接讨论利益分析方法, 但其赞成适用侵权行为地法的基本理由很显然并不是与利益分析方法毫无关系。尽管托海法官提出愿意适用利益分析方法, 但首席法官不主张将其正常适用于澳大利亚冲突法中。法官威尔逊、高德伦、布伦南、道森都反对任何灵活的方法。所以, 公正地说, 澳大利亚高等法院在追求法律的稳定性和个案公正的灵活性中更倾向于前者。只有当法院地的立法政策十分明晰时, 法院才考虑适用利益分析方法, 也就是说, 澳大利亚冲突法基本上还是通过管辖选择的法律选择规则来解决法律冲突问题的。现在澳大利亚宪法允许各州修改其冲突法中的普通法规则, 所以普通法规则也是可改变的。高等法院在 Breavington v. Godleman (1988)^② 一案中就力图改变这一为时甚久而又不令人满意的普通法规则。正如首席法官马森所说那样, 以前的高等法院权威赞成适用法院地法的主张导致了法院地的挑选, 并造成当事人获得比正常情况下更为慷慨的损害救济, 其结果又导致了法律适用规则的重新考虑, 所以最终还是侵权行为地法的适用替代了法院地法的适用。

四、澳大利亚国际私法法域

澳大利亚国际私法最先产生于不同州和地区的法律冲突。有些诉讼如婚姻诉讼, 破产诉讼等由联邦法负责调整, 在此意义上, 澳大利亚可被视为单一法域国家。但大部分公民间法律关系由各州和各地地区的法律调整, 在此意义上, 澳大利亚又可分为多法域国家。

在澳大利亚, 联邦各州和地区的私法体系在国际私法上一

^① Breavington v. Godleman (1988) 62 ALJR 477.

^② Breavington v. Godleman (1988) 169 CLR 41 80 # ALR 362.